

dose exclusivamente en su propia jurisprudencia y sin mencionar la jurisprudencia del TEDH.

12. En ambos casos los Tribunales apoyan las sentencias condenatorias por vulneración del art. 3 CEDH: en el primer caso, por vulneración de la tutela judicial efectiva al haber clausurado los órganos judiciales la investigación sobre los hechos denunciados omitiendo la práctica de medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos, incurriendo por ello en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE); en el segundo, rechazando el recurso presentado por los agentes condenados en instancia por haberse cometido actos constitutivos de tortura en su modalidad de no graves. Se trata de la afirmación de las dos perspectivas de protección del derecho a no sufrir tortura: la perspectiva procesal (necesidad de que la denuncia creíble o defendible sea investigada de forma eficaz y a fondo), y la perspectiva sustantiva (el contenido mínimo que deben tener los hechos probados para ser considerados tortura, aunque sea en su forma menos grave).

Alberto D. ARRUFAT CÁRDABA
Universidad Católica de Valencia

3.4. Caso del genocidio del Tíbet. ¿Hacia una nueva reforma exprés de la jurisdicción universal? *

COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES PENALES ESPAÑOLES.—Jurisdicción universal.—Crímenes de Derecho internacional.—Nueva reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Autos de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.^a), de 9 de octubre de 2013 (ROJ: SAN 246/13) y de 18 de noviembre de 2012 (ROJ: SAN 270/13).

1. Los dos breves autos que comentamos vinieron a resolver, en esencia, la disparidad de criterios entre los querellantes y el fiscal y el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 respecto a si existían indicios suficientes para deducir la participación en los hechos objeto de querrela de una serie de personas. A primera vista pues, pudiera pensarse que no fuera ésta una cuestión llamada a centrar la atención general. Sin embargo, lo decidido por la Sala ha resultado ser una noticia de alcance mundial, cuya más inmediata *consecuencia* parece haber tomado cuerpo en una suerte de *déjà vu* ciertamente desalentador de confirmarse.

2. Los autos en cuestión se enmarcan en el proceso de sumario 63/08 —comúnmente conocido como «caso del genocidio del Tíbet» o «caso Tíbet»— iniciado por la querrela interpuesta el 28 de junio de 2005 por el Comité de Apoyo al Tíbet, la Fundación Casa del Tíbet, y como acusación particular, el ciudadano español de origen tibetano Thubten Wangchen Sherpa Sherpa. Desde otra perspectiva, estamos ante uno de los cada vez menos procedimientos vivos en la AN en aplicación del principio de jurisdicción universal.

* Sobre este tema, en la Sección de Información y documentación de esta *Revista*, SEGURA SERRANO, A., «Hacia una nueva reforma restrictiva del principio de jurisdicción universal en España», pp. 321 ss.

3. La querella fue interpuesta por los delitos de genocidio, torturas, terrorismo y crímenes de lesa humanidad cometidos contra el pueblo tibetano a partir de 1971, contra Jiang Zemin, anterior Presidente de China y Secretario del Partido Comunista Chino, y en aquel momento máxima autoridad del Ejército Popular de Liberación; Li Peng, antiguo Primer Ministro durante la represión tibetana y de finales de los ochenta y principios de los noventa; Ren Rong, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1971-1980 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste participando en la ocupación del Tíbet; Yin Fatang, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1980-1985, y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste participando en la ocupación del Tíbet; Quiao Shi, Jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los ochenta; Chen Kuiyan, Secretario del Partido en la Región Autónoma del Tíbet durante el periodo 1992-2001, y Deng Deltun, Ministro de Planificación familiar en los años noventa. En otras palabras, la querella se presentó contra los presuntos máximos responsables de los más graves crímenes de DI cometidos contra el pueblo tibetano desde hace décadas (para más datos sobre la querella, ESTEVE MOLTÓ, J. E., «El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional: la aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2006, núm. 22, pp. 579-607, en especial pp. 579-589).

4. Hasta llegar a lo acontecido en estos últimos seis meses, es importante recordar brevemente que esta querella fue inicialmente inadmitida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 (Auto de 5 de septiembre de 2005, diligencias previas proc. abrev. 237/2005). El argumento central al respecto fue, en resumen, lo mantenido por la Sala Segunda del TS en sus Sentencias de 25 de febrero de 2003 (STS 327/2003) y 8 de marzo de 2004 (STS 319/2004). Esto es, en palabras de aquel Auto de septiembre de que: «No consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. [...] No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito [...]. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes» (FJ 5). El consiguiente recurso de apelación fue finalmente resuelto por la Sala de lo Penal de la AN por Auto de 10 de enero de 2006 (rollo apelación núm. 196/05). Es decir, en una decisión posterior a la ya célebre STC de 26 de septiembre de 2005 (STC 237/2005), que de hecho fue la base fundamental para justificar la estimación del recurso y consiguiente admisión de la querella. Así, baste recordar en este punto la siguiente calificación de la propia Sala de lo Penal: «... es en relación a los argumentos mantenidos en la sentencia del Tribunal Supremo donde se aprecia un abismo insalvable entre los argumentos de uno y otro Tribunal, que obligan al Constitucional a rebatir, uno a uno, de forma categórica. [Para terminar afirmando que en] el principio de justicia universal recogido en nuestro artículo 23.4 LOPJ [...] sólo existe un límite previsto específicamente, el de cosa juzgada» (FFJJ 4 y 6).

5. Aunque la querella tuvo que enfrentar también otras cuestiones, como el conocido como *test de razonabilidad* establecido por el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de 3 de noviembre de 2005 (disponible en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/acuerdo%20pleno%20de.pdf), en lo que nos concita valga señalar que a partir de la admisión ya acordada se sucedieron una serie de peticiones para que el Juzgado procediera a la práctica de diversas diligencias probatorias. Aquí también se dieron distintas complicaciones, pero en todo caso fue a partir de junio de 2006 cuando pudo sumarse al material probatorio en poder del juez múltiples declaraciones testificales de víctimas de los hechos denunciados (ya ante el

juez, ya vía comisión rogatoria). Ahora bien, es importante destacar que precisamente cuando se comenzaron a practicar las primeras diligencias previas, y el 5 de junio de 2006 la primera víctima tibetana prestó declaración ante el juez, se hizo pública la expresa y enérgica protesta de las autoridades chinas. Así, por ejemplo, más allá de las habituales (e interesadas) invocaciones al principio de no intervención en los asuntos internos, el portavoz del Ministerio Chino de Exteriores afirmaría aquellos días que la investigación en marcha no era más que una «difamación total, una absoluta mentira». Aún más, de manera específica se instó ya entonces a que «España gestione de forma apropiada este problema, para que las relaciones chino-españolas puedan, con el esfuerzo de ambas partes, seguir desarrollándose de forma saludable» (véase el artículo de REINOSO, J., «China califica de calumnias las acusaciones contra varios de sus líderes», en el diario *El País* de 10 de junio de 2006).

6. Sin abordar todos los acontecimientos y dificultades que continuaron sucediendo (al respecto, ESTEVE MOLTÓ, J. E., «Evolución de la justicia universal en España: del caso Pinochet a la actualidad», en VVAA, *La justicia universal en el Derecho internacional. Mesa redonda de expertos*, Madrid, APDHE-FIDH-Oficina de Derechos Humanos del MAEC, 2011, pp. 6-15), sí es preciso detenernos un momento en este sucinto repaso para hacer una referencia más amplia. Ello es así porque a pesar de que no es sencillo determinar con exactitud el peso de cada una de las causas entonces (aún) abiertas en aplicación del principio de jurisdicción universal, suele considerarse que junto con, muy especialmente, el proceso iniciado en 2008 por los hechos cometidos pocos meses antes de las Olimpiadas de Pekín (diligencias previas 242/2008), el devenir de este caso fue uno de los principales motivos que precipitaron la tan poco edificante reforma del art. 23.4 LOPJ, vía la LO 1/2009. Por decir mejor, aunque de una manera quizá no tan expresa como fueron por ejemplo declaraciones públicas como la de la entonces ministra de Asuntos Exteriores de Israel en relación con el proceso por los ataques en Gaza (dilig. previas 157/08), la respuesta de las autoridades chinas —que ya hemos ejemplificado— frente al avance de aquellos procesos parece aceptado que fue una clave determinante para entender el porqué de aquella reforma, en el fondo y en la forma.

7. En este punto, de manera sumarisima baste recordar que más allá de la serie de argumentos que se esgrimieron formalmente, lo que entonces se pretendió fue, en mi opinión, limitar sustancialmente el ámbito y contenido del art. 23.4 LOPJ, para en esencia y como literalmente se afirmó en el Congreso de los Diputados: «Solventar la problemática [...] que afectaba a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2009, IX Legislatura, núm. 95, Sesión plenaria núm. 90, 25 de junio de 2009, p. 45). Discusiones generales ahora al margen, como es sabido así ocurrió respecto a entre otros, el proceso iniciado por la querrela de 2008, que fue archivada tras decidirse la aplicación sobre la marcha de los nuevos requisitos impuestos por LO 1/2009 (con carácter final, véase el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 27 de octubre de 2010, dilig. previas 242/2008). Como veremos recordó la Sala de lo Penal en su Auto de octubre, no era posible una solución similar en la causa que estamos comentando; aunque, valga adelantarla, lo que está por verse es si tras sus autos de octubre y noviembre de 2013 no estamos ya asistiendo a un intento de tratar definitivamente de desactivar la (nueva) *crisis abierta* con China.

8. Previo a ello, apuntar que en cuanto a la calificación jurídica de los hechos denunciados, tras la oportuna solicitud a inicios de 2011 se acordó la ampliación de la investigación por los delitos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, en relación con los arts. 606 y 611.5 CP (Auto del Juzgado Central de Instrucción

núm. 2, de 30 de marzo de 2011, sumario 63/08). Hecho que provocó, a su vez, nuevas reacciones públicas de oposición por parte de las autoridades chinas.

9. Llegados a 2013, a juicio de los querellantes las diligencias practicadas hasta ese momento habían confirmado, tanto la veracidad de los hechos expuestos en la querella, como la participación y responsabilidad de los querellados. En consecuencia, interesaron el libramiento de órdenes de busca y captura contra cinco de los presuntos responsables de los crímenes denunciados: Jiang Zemin, Li Peng, Quiao Si, Chen Kuiyan, y Deng Delyun. De otro lado, se reunió y aportó el material probatorio tendente a demostrar la presunta implicación del que para entonces ya había dejado de ser Presidente de la República Popular China, Hu Jintao; solicitándose la ampliación y admisión de la querella contra él por los delitos de genocidio y de violaciones graves de los Convenios de Ginebra. A este último respecto, se destacaba que esto se hacía en este momento en tanto que al haber dejado de ser presidente de la República (2003-2013), había ya «finalizado su inmunidad diplomática»; es decir y en sentido estricto, su potencial inmunidad de jurisdicción penal como jefe de Estado.

10. Ambas peticiones de los querellantes fueron rechazadas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2: la primera por Auto de 3 de abril, la segunda por Auto de 11 de junio (sumario 63/08). En los dos casos, el juez se limitó a acoger los escritos del Ministerio Fiscal, que en esencia venían a mantener que no existían datos suficientes para estimar indiciariamente acreditadas la responsabilidad de los querellados ni los hechos imputados en la ampliación de la querella. Presentados los consiguientes recursos de apelación, esta doble cuestión sería la que la Sala de lo Penal debió resolver y resolvió en los autos de octubre y noviembre.

11. En ambos casos, la decisión de la Sala de lo Penal fue sustancialmente similar. Por acudir al literal del Auto de 18 de noviembre de (núm. 270/13), se afirmó que examinadas todas las actuaciones realizadas, «racionalmente y, *prima facie*, se deduce la existencia de indicios en la participación en los hechos objeto de la querella [...] habida cuenta de la responsabilidad política o militar de cada uno de ellos en el largo periodo a que se remontan los hechos objeto de la investigación» (FJ Único). En el Auto de 9 de octubre (núm. 246/13) no se encuentra una formulación tan expresa, pero la Sala acogió igualmente la posición de los recurrentes concluyendo que sí existían indicios suficientes para ampliar la querella contra Hu Jintao por los crímenes cometidos en el Tibet «incardinados, *prima facie* en el artículo 607 del Código Penal» (Antecedente de Hecho Único). Junto a ello, en este auto se recogió parte de lo discutido en el acto de la vista, reiterando aquí la Sala, en primer lugar, que como ya adelantamos la AN tenía competencia para la investigación de los hechos en tanto que uno de los querellantes (acusación particular) había demostrado tener nacionalidad española; y en segundo, que se defiende la posición que fuere, no constaba dato alguno de que las autoridades chinas hubieran iniciado ninguna investigación sobre los hechos querellados.

12. En consecuencia, la Sala de lo Penal estimó los dos recursos presentados, revocando las resoluciones recurridas. De este modo, quedó ampliada la querella frente a Hu Jintao (Auto de 9 de octubre) y se ordenó expedir órdenes internacionales de detención contra Jiang Zemin, Li Peng, Quiao Si, Chen Kuiyan, y Deng Delyun (Auto de 18 de noviembre).

13. Estas decisiones fueron objeto de atención y eco inmediatos por parte de los medios de comunicación a escala mundial. En lo que a las autoridades chinas respecta, el portavoz del Ministerio de Exteriores chino, Hong Lei, afirmó en rueda de prensa que: «China expresa su fuerte malestar y su firme oposición a las instituciones

españolas que, ignorando la posición china y siendo inconsistentes con previas declaraciones, manipulan este asunto». A lo que añadió que esperaban que «las partes relevantes en España tomen con seriedad la preocupación china y no hagan nada que dañe a este país o la relación entre China y España» (véase el artículo «Fuerte malestar de China por la orden de arresto del expresidente Jiang Zemin», en el diario *ABC* de 20 de noviembre de 2013). En pocas palabras, tal y como se destacó en múltiples foros y se consignó en diversos medios de comunicación, aquellas dos decisiones de la Sala de lo Penal abrieron una «grave crisis diplomática»; para cuya solución ya desde fines de noviembre de se apuntaba singularmente a una posible «reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (véase GONZÁLEZ, M., «El Gobierno intenta desactivar una grave crisis diplomática con China», en el diario *El País* de 21 de noviembre de 2013). Posibilidad que apenas tres semanas después ya parecía asumida como certeza (consúltese GONZÁLEZ, M., «El Gobierno reformará la ley para desactivar el proceso al régimen chino», en el diario *El País* de 15 de diciembre de 2013).

14. Con todo, lo cierto es que desde los autos de octubre y noviembre y hasta el momento de redacción de este comentario, en el seno de esta causa lo que se ha dado es: en lo que respecta al ex Presidente Hu Jintao, la aprobación de una comisión rogatoria para notificarle la querella y tomarle declaración; en cuanto a las órdenes de detención, la cuestión volvió a la Sala de lo Penal, en tanto que el fiscal y el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 estimaron que pese a lo por ella ordenado, al no existir auto de prisión o procesamiento no podía procederse a dictar las consiguientes órdenes de detención internacional (Auto de 8 de enero de 2014, sumario 63/08). La Sala, por su parte, señaló que ella no es competente para dictar autos de prisión y cursar las correspondientes órdenes de busca y captura, devolviendo el asunto al Juzgado; habiendo entonces presentado el fiscal un incidente de nulidad contra el Auto de 18 de noviembre.

15. Ahora bien, en este ámbito de las consecuencias (reales o aparentes) es insoslayable subrayar la concurrencia de otro hecho que finalmente ha tomado cuerpo con una celeridad más que notable; y que es imposible que no traiga a la memoria, en todo o en parte, a lo que ya vivimos en el año 2009. Así, en la línea de lo que como hemos visto se iba anunciando en los medios de comunicación, sería el 17 de enero cuando el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. No es el momento de examinarla en todos sus extremos, pero en lo que aquí ocupa es necesario señalar que, amén lo singular del hecho a la vista de la general práctica legislativa española, resultan llamativos algunos de los nuevos elementos que se introducen para, dice su Exposición de Motivos, «delimitar [...] los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer los delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía». Así por ejemplo, en relación con los crímenes de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se indica que el procedimiento habrá de dirigirse contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrase en nuestro país y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. En cuanto a las torturas, de su lado, se prevé que para que nuestros tribunales sean competentes, el proceso deberá dirigirse contra un español, o la víctima ha de tener nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y además el presunto responsable encontrarse en España.

16. En otras palabras y en suma, si volvemos a lo recordado por la Sala de lo Penal en su Auto de 9 de octubre, quizá pudiera colegirse, a primera vista, que la AN dejaría de tener competencia sobre la base de estar «acreditado que uno de los que-

rellantes, en ejercicio de la acusación particular, ha demostrado tener la nacionalidad española». Debiendo subrayar que los nuevos límites que se proponen en el texto de reforma, tal y como se aclara en la Disposición transitoria única, tendrían un efecto inmediato e indiscutible. Así, señala este precepto que: «[L]as causas que en el momento de entrada en vigor de esta ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella».

17. En ningún punto de la Exposición de Motivos de esta Proposición de reforma se indica relación alguna entre su contenido y el devenir del proceso que hemos comentado, ya en lo en general, ya en lo específicamente decidido por la Sala de lo Penal en sus Autos de octubre y noviembre de 2013. Si bien, a la luz de lo que hemos venido destacando, no parece extraordinariamente aventurado señalar que esta relación es cuando menos probable. Al respecto, habrá que esperar a ver cómo explica y justifica el Partido proponente esta nueva reforma. Y si la misma siguiese adelante, deberemos examinar cómo quedará, en su caso, el texto que finalmente pudiera aprobarse para en lo concreto inferir hasta dónde podrá llegar el caso *Tibet*; y en lo más general, poder constatar qué terminará quedando de aquel principio de jurisdicción universal en nuestra nueva LOPJ.

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ
Universidad Complutense de Madrid

3.5. Piratería en las costas de Somalia. Jurisdicción universal (art. 23.4 LOPJ)

DERECHO DEL MAR.—El delito de piratería.—Jurisdicción universal.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 30 de octubre de 2013 (ROJ: SAN 4438/2013). Ponente: Fernando Grande-Marlaska Gómez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079220012013100047).

1. Constituye ésta la primera sentencia de la judicatura española en la que se condena por un delito de piratería, tipo penal reintroducido en el Código Penal (CP) en 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio). En enero de 2012, varias personas desde un esquiife intentaron abordar un barco militar español, el buque *Patiño*, probablemente porque lo confundieron con un barco mercante. Fueron descubiertos y abrieron fuego siendo repelidos, ante lo cual abortaron ese intento y huyeron. Desde ese momento se activó un procedimiento de búsqueda, y se les localizó, tras lo cual fueron detenidos y trasladados a España. Tales personas se encontraban desde el 12 de enero de 2012 en prisión provisional. El Ministerio Fiscal les acusaba de sendos delitos de piratería del art. 616 *ter* CP, tenencia y depósito de armas de guerra (arts. 566.1.1.^a, 567.1 y 2, y 570 CP) y pertenencia a organización criminal [art. 570 *bis* 1, 2.*b*) y 3 CP]; asimismo, solicitaba que, en concepto de responsabilidad civil, los acusados indemnizaran conjunta y solidariamente a la Armada española por los daños causados al buque *Patiño*.

2. Recordemos que la piratería consiste en un acto de robo, violencia o depreciación cometidos en el mar de un buque/aeronave privado a otro —fuera del marco de una guerra—, y con un propósito personal [art. 101 de la Convención de las Na-